

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/106891>

Please be advised that this information was generated on 2018-07-08 and may be subject to change.

Jit Peters

Van wie zijn zij? De ambtenaren

Afscheidsrede UvA, Amsterdam: Vossiuspers UvA 2011, 26 p., ISBN

978-90-5629-690-2

J.L.W. BROEKSTEEG*

* Mr. J.L.W. Broeksteeg is universitair hoofddocent staatsrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

¹ De thematiek is voor Peters niet nieuw: J.A. Peters, I. de Vré, 'Vrijheid van meningsuiting van ambtenaren bedreigd', *NJB* 2005, p. 348-352.

² Overigens waren zij ook een beetje van Peters: 'mijn ondergeschikten' (p. 8) en 'mijn medewerkers' (p. 11).

³ Zie onder meer: *Steekhoudend ministerschap*, Rapport van de externe commissie Ministeriële Verantwoordelijkheid (commissie-Scheltema), *Kamerstukken II* 1992/93, 21 427, nrs. 40-41, p. 7-8; L.F.M. Verhey, *De zwoegers uit het vooronder*, oratie UM, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 8; H.G. Warmelink, Ministeriële verantwoordelijkheid voor ambtelijk handelen, in: D.J. Elzinga (red.), *Ministeriële verantwoordelijkheid in Nederland*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 103-115.

De wetenschappelijke bijdragen van Jit Peters zijn altijd prikkelend, soms controversieel. Zij geven stof tot nadenken en vaak worden er vernieuwende ideeën en oplossingen in aangedragen. In dat licht is de afscheidsrede, die Peters op 1 april 2011 uitsprak en die nu in druk is verschenen, prototypisch. De rede zet de staatsrechtelijke positie van ambtenaren in een nieuw perspectief en daagt uit tot discussie. Zij was onderhoudend voor de luisteraar en in de gedrukte versie nog steeds boeiend, soms zelfs vermakelijk. Dat komt vooral door de vele anekdotes die Peters door zijn jarenlange ambtelijke loopbaan schijnbaar moeiteloos uit de mouw schudt. De boodschap is echter uiterst serieus: ambtenaren hebben te veel macht.¹ Uit de titel wordt meteen al duidelijk welk dilemma de feitelijke macht van de ambtenaren creëert: van wie *zijn* de ambtenaren? Het staatsrechtelijke antwoord op deze vraag lijkt simpel. Artikel 44 Gw. – door Peters in zijn rede niet genoemd – bepaalt dat ministeries onder leiding staan van een minister.² Daaruit volgt dat ministers hun departement inrichten, ambtenaren benoemen en ontslaan en aan deze ambtenaren aanwijzingen en instructies kunnen geven. Op lokaal niveau heeft (in beginsel) het college van burgemeester en wethouders gezag over de ambtelijke dienst. Artikel 160 lid 1 onder c en d Gemeentewet biedt daarvoor de (belangrijkste) juridische basis, waaruit soortgelijke bevoegdheden als ten aanzien van de Rijksambtenaren kunnen worden afgeleid. Politieke ambtsdragers leggen vervolgens, zo luidt de alom aanvaarde doctrine, verantwoording af aan de volksvertegenwoordiging over het handelen van (en hun handelen ten aanzien van) de ambtelijke dienst. Zo bezien is de ministeriële verantwoordelijkheid een organisatieprincipe: via de minister krijgt het parlement greep op de ambtenaren. De ambtelijke dienst wordt erdoor, met andere woorden, controleerbaar gemaakt voor de volksvertegenwoordiging.³

Daarmee is volgens Peters de kous echter niet af. Zijns inziens wordt de ministeriële verantwoordelijkheid 'door de meeste staatsrechtdeskun-

digen zo uitgelegd dat die een behoorlijke barrière vormt ten opzichte van echte controle' (p. 6). Wat 'echte controle' is, wordt niet helder; waarom ministeriële verantwoordelijkheid een barrière is, wel. De ambtenaar lijkt, zo stelt hij (p. 7), onschendbaar: hij verschuilt zich achter de ministeriële verantwoordelijkheid. Peters stelt de volgende vragen: 'Vormt dit [de onschendbare ambtenaar, HB] niet een verwording van de ministeriële verantwoordelijkheid? Een scherm waarachter de ambtenaar zich kan verschuilen en een belemmering voor reële controle?' Hoewel de vragen wellicht retorisch bedoeld zijn – en de opvatting dat ambtenaren onschendbaar zijn niet nieuw is⁴ –, zou mijn antwoord 'nee' luiden. Ik veronderstel daarbij dat Peters met 'onschendbaar' bedoelt dat ambtenaren niet kunnen worden aangesproken op hun handelen, omdat de minister verantwoordelijkheid voor hun handelen draagt. Dat is echter een misverstand. Donner sprak al van de ministeriële verantwoordelijkheid als zweepslag voor de ambtelijke dienst.⁵ Daarmee wordt bedoeld dat een minister, al dan niet nieuw aangetreden na een gedwongen vertrek van zijn voorganger, onder druk van de vertrouwensregel het ministerie zodanig zal inrichten dat herhaling van eerdere (ambtelijke) fouten voorkomen wordt. Dat betekent dat de positie van ambtenaren niet ongemoeid blijft. De ministeriële verantwoordelijkheid kan derhalve, zij het indirect, vergaande consequenties voor ambtenaren hebben; onschendbaar zijn zij be-slist niet. Zij leggen verantwoording af aan de minister. Deze opvatting zal Peters ongetwijfeld 'bijzonder behoudzuchtig' noemen; het is zijns inziens een 'vermolmd concept van de ministeriële verantwoordelijkheid' (p. 8). Het is echter wel een overzichtelijk en werkbaar concept. Dat neemt niet weg dat Peters' opvattingen over de toegenomen invloed van ambtenaren best waar kunnen zijn (p. 8-12).⁶ Ambtenaren willen graag 'aan de knoppen zitten' en beschikken over veel informatie, die niet altijd bij de minister terechtkomt. Zij onderhandelen met ambtenaren van andere departementen en belangengroepen, beheren welhaast zelfstandig dossiers en wetten, maken deel uit van allerlei netwerken en voeren onderling allerlei 'stammenoorlogen' over belangentegenstellingen. Peters concludeert: 'De toename van de macht van ambtenaren gaat gepaard met verlies aan politieke invloed. Dat lijkt me geen goede zaak, want wie controleert de macht van de ambtenaren eigenlijk?' (p. 12). Refererend aan Crinice le Roy, die sprak over de vierde macht, stelt Peters dan: 'Maar is die vierde macht van de ambtenaren wel acceptabel? De overige drie machten worden, althans theoretisch, constitutioneel ingebed in een systeem van *checks-and-balances*. Dat lijkt niet het geval met de ambtelijke macht. Daarom geeft die macht in constitutioneel opzicht problemen' (p. 12-13). Volgens mij bestaan – ik verwijs naar de vorige alinea – ten aanzien van ambtenaren wel degelijk *checks and balances*: via de minister kan

boeken

4 Zie bijvoorbeeld: H. van Maarseveen, 'Reidans der niet-verantwoordelijken', *NJB* 1987, p. 1516.

5 A.M. Donner, 'Verantwoordelijkheid', *Themis* 1987, p. 367. Zie verder J.Th.J. van den Berg, 'Ministeriële verantwoordelijkheid: 'De zweepslag voor de ambtelijke dienst'', *Socialisme en democratie* 1989/4, p. 124; Verhey 2001, p. 37.

6 Peters baseert zich onder meer op onderzoek van Bovens: M. Bovens, 'De gangen van de macht', *Socialisme en Democratie* 2002/12, p. 14-20.

de ambtelijke dienst worden gecontroleerd en de minister kan maatregelen nemen binnen de ambtelijke dienst en jegens individuele ambtenaren.

Peters heeft gelijk als hij stelt dat ministers zich niet mogen afzetten tegen of distantiëren van hun ambtenaren (p. 14). De minister legt over het handelen van de ambtelijke dienst verantwoording af aan de Staten-Generaal. Omdat ambtenaren zich niet publiekelijk kunnen verantwoorden, past openlijke kritiek op ambtenaren (in beginsel)⁷ niet. Ook raak is de stelling van Peters dat het essentieel is dat ambtenaren onderworpen blijven aan 'de politici' (p. 14). Ambtenaren beschikken immers niet over democratische legitimatie. Peters stelt dan: 'Wel moeten we af zien te komen van de doctrinaire opvatting van de ministeriële verantwoordelijkheid die slechts één aanknopingspunt ziet van democratische controle op de gehele ambtelijke dienst. Dat leidt slechts tot een fictieve controle die niets met de werkelijkheid heeft uit te staan'.

In de paragraaf over loyaliteit vliegt Peters uit de bocht. Met recht stelt hij de vraag aan wie ambtenaren loyaliteit verschuldigd zijn. Het antwoord op deze vraag is van belang voor de vraag van wie de ambtenaren zijn. Peters verwijst (kort) naar Weber, die het betrekkelijk simpel zag: zij zijn loyaal aan de politiek, waarmee hij de politieke leidinggevendenden van het departement bedoelde. Peters stelt vervolgens (p. 16): 'Maar in het Weberiaanse denken is een barst gekomen door de Tweede Wereldoorlog en de perversiteit van loyaliteit aan de politieke macht. Ik hoef de naam van Eichmann maar te noemen en u weet waar ik het over heb'. Tsja, en Hitler was een vegetariër. Dit type drogreden wordt ook wel de *reductio ad Hitlerum*⁸ genoemd: door argumenten (zoals hier loyaliteit) in verband te brengen met het naziregime wordt getracht dat argument onschadelijk te maken. Uit de daarop volgende geschiedenis in Duitsland met betrekking tot loyaliteit van ambtenaren wordt duidelijk waarom hier een misverstand is ontstaan. Peters laat zien dat in het naziregime loyaliteit bestond aan de persoon van Hitler. Dat is nogal wat anders dan een loyaliteit aan een ambt. Wij vragen ambtenaren immers niet loyaal te zijn aan de persoon Marja van Bijsterveldt of Edith Schippers, maar aan het ambt minister, dat handelt, besluiten neemt en beleid uitzet. Loyaliteit aan een persoon kan best als pervers te typeren zijn; loyaliteit aan een ambt daarentegen is dat niet, als althans uit wordt gegaan – wat Peters ook doet – van onderworpenheid van ambtenaren aan de politiek. Loyaliteit betekent dan dat ambtenaren de politieke besluiten die de minister neemt en de beleidslijnen die hij uitzet, al dan niet na een uitgebreide discussie binnen het departement, hebben te accepteren.

In dezelfde paragraaf verdedigt Peters dat ambtenaren meerdere loyaliteiten hebben. Dat is zo: een ambtenaar zweert met het afleggen van de eed

7 Openlijke kritiek is eerst gepast als ambtenaren ambts-plichten hebben verzuimd.

8 Zie overigens ook de wet van Godwin.

of gelofte (onder meer) dat hij trouw zal zijn aan de Koning en dat hij de Grondwet en alle overige wetten van ons land zal eerbiedigen. Peters doelt daar ook op: 'De eerste loyaliteit van ambtenaren dient te zijn gelegen in het opkomen voor onze democratische rechtsstaat. Dat betekent het opkomen voor democratie en grondrechten. Dat is nog belangrijker dan het dienen van een minister' (p. 17).⁹ Met de laatste zin, die een vergelijking maakt met de loyaliteit aan de minister, heb ik wat moeite. Het betreft hier een ander soort loyaliteit, die niet verward moet worden met de loyaliteit aan de minister. Het zijn mijns inziens onvergelykbare grootheden, die reeds om die reden niet snel strijdig met elkaar zullen zijn. De loyaliteit aan de minister betreft zijn beleid; de loyaliteit aan de democratische rechtsstaat betreft rechtmatigheid van handelen.

Dan komt Peters tot het antwoord op de vraag die in zijn rede centraal staat: 'Ambtenaren dienen op te komen voor onze democratische rechtsstaat, (...). Zij behoren uiteindelijk de burgers toe. Zij zijn van de burgers en worden door de burgers betaald. Zij dienen de belangen van de burgers neutraal en onpartijdig te dienen' (p. 18). Dat roept een aantal vragen op. Als zij van de burgers zijn, worden zij dan ook door de burgers gekozen of benoemd? Leggen zij aan de burgers verantwoording af? Elke ambtenaar zijn eigen jaarverslag aan de burger? Kunnen wij (burgers) de betaling aan disfunctionerende ambtenaren stopzetten? Of aan hen aanwijzingen geven? Geldt overigens hetzelfde voor rechters, nu die ook door de burgers worden betaald? Men zou kunnen menen dat de overheid het algemeen belang moet dienen en dat zij daarmee ook ten dienste van de burger staat. Je zou daaruit ook nog kunnen afleiden dat ambtenaren het algemeen belang dienen en dat hun werkzaamheden uiteindelijk ten dienste van de burger staan. Dat betekent echter nog niet dat zij van de burger zijn, laat staan dat zij door de burger worden betaald. Zo'n directe relatie tussen het betalen van belasting en het salaris van ambtenaren is – vergeef mij – borrelpraat.

Peters is, toegegeven, consequent: 'Loyaliteit aan de samenleving betekent mijns inziens ook dat afwijkende opvattingen van ambtenaren openbaar gemaakt mogen worden en niet het exclusieve bezit zijn van de toevallige politieke ambtsdrager' (p. 18). Wij hoeven toch niet verstoken te blijven van de adviezen van een adviseur aan de minister, zo luidt Peters' retorische vraag aan de lezer. Ik zou echter menen dat het een zegen is dat wij daarvan verstoken blijven. Het zou in de eerste plaats kunnen resulteren in een informatiechaos indien allerlei ambtelijke adviezen door de Kamer (en in de media) meegewogen moeten worden bij de beoordeling van het beleid van de minister. Het is bovendien uiteindelijk zijn beleid dat beoordeeld moet worden. En als dat telt, is het dan niet merkwaardig dat adviezen van (top)ambtenaren, die wellicht ingaan tegen het beleid van de

⁹ Vergelijk overigens Romeinen 13:1-7 en Handelingen 5:29.

minister, openbaar worden.¹⁰ Dat ondergraaft zijn positie ten enenmale, terwijl – Peters concludeerde dat eerder al – de ambtenaar toch ondergeschikt is aan de minister. Het is aan de minister om te bepalen hoe hij adviezen meeweegt bij het vaststellen van zijn beleid en als dat beleid vaststaat, zijn de eerdere adviezen niet langer relevant.

Peters komt tot een conclusie: 'Nu we enerzijds hebben gezien dat de macht van ambtenaren steeds meer groeit en de ambtenaren ook een eigen positie dienen in te nemen, los van hun politieke bazen, is het goed te bezien of er ook mechanismen zijn die de invloed van ambtenaren kunnen beteugelen. Anders is de macht van ambtenaren, die nog steeds groeit, vanuit democratisch oogpunt bedenkelijk' (p. 18). De simpele oplossing zou zijn om de ministeriële verantwoordelijkheid ten volle te doen gelden, maar dat is niet de oplossing waarvoor Peters kiest. Het valt hem ook te prijzen dat hij mechanismen zoekt en aandraagt die beter aansluiten bij zijn opvatting over de vraag van wie de ambtenaren nu eigenlijk zijn, namelijk 'contacten tussen Kamerleden en ambtenaren, de controle door de rechter en openbaarheid' (p. 19).

Onder verwijzing naar de Amerikaanse praktijk, waarin (top)ambtenaren inlichtingen kunnen verstrekken aan het parlement, bepleit Peters rechtstreekse contacten tussen Kamerleden en ambtenaren. Dat doet zijns inziens geen afbreuk aan de ministeriële verantwoordelijkheid: 'Het is meer een aanvulling. Je zou ook kunnen beweren dat de ministeriële verantwoordelijkheid er meer inhoud door krijgt. (...) Maar ook de meeste staatsrechtgeleerden verdedigen nog steeds de verouderde doctrine. Dat is onbegrijpelijk, omdat dit ten koste gaat van werkelijke controle op de macht van ambtenaren' (p. 19). Misschien is de oekaze van Kok (de Aanwijzingen externe contacten ambtenaren¹⁰) wel wat al te strikt, maar een structurele inlichtingenrelatie tussen Kamer en ambtenaren is, hoe 'verouderd' dat misschien ook moge klinken, uiteindelijk onwenselijk. Zowel Verhey als Warmelink hebben tegen een dergelijke constructie overtuigende argumenten aangedragen: minister en ambtenaar kunnen tegen elkaar worden uitgespeeld, de relatie tussen minister en ambtenaar wordt onwerkbaar indien de laatste besluit informatie aan het parlement te verschaffen op een tijdstip of een wijze die politiek 'onhandig' is voor de minister, de ambtenaar kan al dan niet naar eer en geweten onjuiste of onvolledige informatie verschaffen waardoor de minister in de problemen komt, de essentiële vertrouwensrelatie tussen minister en ambtenaar komt in het geding, de positie van de minister wordt uiteindelijk verzwakt en daarmee wordt de parlementaire controle bemoeilijkt.¹¹ Of dan nog sprake is van 'werkelijke controle op de macht van de ambtenaren' valt ten zeerste te bezien.

¹⁰ *Staatscourant* 1998, nr. 104.

¹¹ Verhey 2001, p. 28.

Warmelink 1994, p. 110-112.

De tweede oplossing die Peters aandraagt, is een grotere rol voor de rechter. De theorie is dat als aan het bestuur discretionaire bevoegdheden toegekomen, de rechter slechts marginaal toetst. 'Die bevoegdheden worden echter meestal niet door de minister persoonlijk uitgeoefend maar slechts in zijn naam, door zijn ambtenaren. Er is mijns inziens dan veel voor te zeggen om niet marginaal te toetsen maar juist indringender, naarmate de ambtenaren meer vrijheid hebben om te beslissen' (p. 19-20). Peters gaat er verder niet op in, maar laat ons met een paar vragen achter. Betekent dit dat de mandaatverhouding tussen minister en ambtenaar op de helling moet? Wordt de ambtenaar een bestuursorgaan? Of moet de rechter onderzoeken of een besluit, dat juridisch is genomen door de minister, feitelijk door een ambtenaar is genomen? Blijft de marginale rechterlijke toets wel bestaan als de minister gebruik maakt van discretionaire bevoegdheden? Of is dit een verkapt pleidooi tegen marginale toetsing? En zo ja, wat moeten we dan met de discretionaire bevoegdheden? De rechter op de stoel van het bestuur?

De derde oplossing, ten slotte, is volgens Peters 'de belangrijkste check op ambtelijke macht', namelijk openbaarheid: 'Als controle-instrument is het belangrijker dan het kiesrecht. Het versterkt de publieke verantwoording. Het geeft aan het parlement een belangrijke informatiebron. Men is voor informatie niet meer alleen afhankelijk van de minister' (p. 20). Peters stelt verder: 'De overheid weet steeds meer van haar burgers. Het wordt tijd dat de burgers ook meer te weten komen van hun overheid. Transparant bestuur is een beginsel van goed bestuur en het vergroot de legitimatie van het bestuur. Het is onmisbaar voor publieke verantwoording' (p. 21). Peters stelt in concreto voor dat de absolute weigeringsgronden uit de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) zouden moeten worden geschrapt. Ook de argumenten dat bepaalde informatie ten behoeve van intern beraad strekt of persoonlijke beleidsopvattingen van ambtenaren betreft, zouden volgens Peters niet langer als geldig moeten worden beschouwd: 'Maar zijn nu juist de beleidsopvattingen van ambtenaren niet interessant? Hebben wij er geen recht op die te kennen? De ambtenaren zijn toch van ons?' (p. 21). Het openbaar maken van ambtelijke adviezen kwam hiervoor al aan bod. Het zal inmiddels duidelijk zijn dat in mijn (verouderde) opvatting het openbaren van interne beleidsstukken en ambtelijke adviezen de parlementaire controle niet zal baten, maar eerder zal schaden. De relatie tussen minister en ambtenaar komt sterk onder druk te staan. Peters bepleit tot slot een recht van burgers op openbaarheid, toegankelijkheid van informatie via een databank en de instelling van een informatiecommissaris (p. 22). Dat zijn interessante voorstellen, die overigens los staan van de staatsrechtelijke positie van ambtenaren. Deze

voorstellen komen terug in een initiatiefwetsvoorstel dat binnenkort door GroenLinks aanhangig zal worden gemaakt.¹²

Kortom, Peters' afscheidsrede is prikkelend, uitdagend en maakt discussie los. Een reactie als deze zal Peters hebben verwacht en misschien hebben gehoopt, omdat daarmee de staatsrechtelijke positie van ambtenaren volop in de schijnwerpers komt. De discussie is de moeite waard gevoerd te worden, maar ondertussen staan de 'vermolmde' leerstukken nog als een huis.

¹² Zie tweedekamer.groenlinks.nl, geraadpleegd november 2011.